C. D.

DE

EXECUTIONE PROVISIONALI

PRÆSIDE

PETRO MÜLLERO, JCto
Prof. Pandect. Consil. Saxon. & Colleg.
Jurid. Assessore

in Auditorio JCtorum

ad d. Novemb. disputabit

AUTOR

GEORGIUS SIGISMUNDUS Müllner
Voigtsbergâ Variscus.

JENÆ, Typis MÜLLERIANIS. 1684.

Illuſtris Regiminis
SAO CIZENSIS DNIS PRÆSIDI,
NCELLARIO ET CONSILIARIIS,
VIRIS
Summe Reverendo, Illuſtribus, Generoſiſſimis, Magnificis atq; Excellentiſſimis
DN. LUDOVICO ERNESTO
à POELNIZ, Dn. in Röbſen/
Epiſcopat. Numburg. Præpoſito, ut & Sereniſſimo ac Potentiſſimo Electori Saxoniæ à Conſiliis Appellationum &c.
DN. GEORGIO FRIDERICO
à HELLDORFF,
Dn. in Kiritzſch/ Zeilsdorff/ & Methern &c.
DN. CAROLO CHRISTIANO
FOERSTERN, JCto,
VIRIS omnem laudem ſupergreſſis
DNIS PATRONIS & MÆCENATIBUS
SUIS ſummo obſervantiæ cultu æternùm deveneran dis
Specimen hoc Academicum
in humillimæ gratitudinis memoriam ſubmiſſamque ſtudiorum commendationem cum voto perennaturæ felicitatis
dat, dedicat, conſecrat
Illuſtriſſ. & Generoſiſſ. Magnificent. & Excellent. Veſtrarum
Cliens perpetuus
Georgius Sigismundus Rühner.

Cum Deo!

DE

EXECUTIONE PRO-VISIONALI.

PROOEMIUM.

IUstitia suum facit officium, quando juxta normam in societate civili præscriptam agit, non plus minusve tribuens alteri, quàm competit. Modus tamen agendi non est uniformis. Aut enim agit ordinariè, præsertim ubi negotium idipsum efflagitat, ac sufficienter auditis partibus latam sententiam exequitur; aut extraordinariè, non tamen absque omni causæ cognitione procedit, modò quod litem sufflaminari non patiatur, sed, ne majus malum inde eveniat, statuit aliquid, quod iniqvum prima fronte videtur, re tamen exactius excussa rationes habet satis justas. Sic latitat quandoque æquitas, oculosque nostros effugit. Namque nec dura lex sua non destituitur ratione, cùm naturalis ratio anima sit legis, & lex civilis dicatur rivulus juris naturæ; ac proinde sequenda sit, quoniam ita scripta est *l. 12. §. 1. ff. qui & à quib. manum.* vid. Albert.

[illegible] *[illegible] tract. de exequ.* [illegible] Hinc accidit, ut agendo dum judex plenarium judicii causa per tot instantias, quas vocant, discussam expectare velit, multa intercedant, quæ impediunt, quo minus is cui quid debetur suum consequatur. Ergo misso modo ordi- [illegible]io contra regulam, quòd ab executione non sit inchoandum *l. 1. C. d. execut. rei judic. l. 9. C. d. oblig. & act.* confugiendum est ipsi ad extraordinarium, & cum [illegible] æquitatis habita sit, Magistratum eam ob oculos habere necesse est. Namque Magistratus, imprimis superior, necessitate ob circumstantiarum varietatem ita exigente, semper æquitatem stricto juri debet præferre, ut imminens avertatur periculum, resque in statu, si non planè integro [illegible], tamen non adeo corrupto aliquando veniat ad petitorem. Quanto enim fervore adversarius in judicio oppugnet adversarium de victoria præsertim si desperet, modò noceat, non est, quod multis rerum monstrâtur argumentis, de hoc quotidiana satis nos edocet experientia. Proinde talibus obviari conatibus naturali æquitati quàm maximè convenit, licet remedium, quod adhibet magistratus, non omnibus æquum, sed durum potius, imò violentum nonnullis videatur; Et hoc est, quod Magistratus possit lite adhuc pendente, nec finita, executionem decernere, eamque effectui dare; Quam *executionem* vocant *provisionalem*, vid. Brunnem. *ad l. 51. ff. ut legator. seu fideicommiss. caveat. num. 5.* Quæ materia cùm mihi arriserit, placuit eam publici speciminis edendi causa discutere. Doleo tamen quòd tali legalis scientiæ apparatu non sim instructius, qualem dignitas gravitasque materiæ postularet. Interim tamen, quantum possum, de divini numinis clementissimi assistentia quam devotissimè imploratam planè non desperans.

Caput

CAPUT I.

DE EXECUTIONE PROVISIONALI IN GENERE.

SUMMARIA.

I. Unde dicatur executio, & quid denotet. II. Quid Provisio & Provisionale. III. Describitur executio provisionalis. IV. Præsupponit executio provis. sententiam provisionalem. V. Executio provisionalis tantùm pro actu judiciario, quàm extrajudiciario habenda est. VI. Exequitur Magistratus vigore mixti imperii. VII. Sive propriam sive alienam habeat jurisdictionē. VIII. Pro modo suæ jurisdictionis quisq; Magistratus eam exequi valet. IX. Res quævis condemnati in hanc executionem veniunt, nisi excipiantur. X. Judex eam regulariter decernit, non motu proprio, sed ad instantiam partis. XI. Id duntaxat in executionem venit, quod per decretum provisionale obtentum est. XII. Quidnam respiciat hæcce executio. Et quid inde adversarius consequatur.

Th. I.

E*Xecutio* deducitur à supino exsecutum, verbi compositæ figuræ, exequor, quod est à præpositione *ex*, modum vel rationem aliquam, & in compositione augmentum notante, & verbo *sequor* pro facio translativè sumto, hoc loco denotat satisfactionem pro sententiæ condemnatoriæ observatione.

Th. II. *Provisionis* vox denotat apud Classicos Autores ipsum actum providendi, Ita Cicer. *3. Tuscul. Tamen*, ait, *quoniam multum potest provisio animi, & præparatio ad minuendum dolorem, sint semper omnia homini humana meditata.* Apud JCtos denotat cautionem tàm hominis quàm legis, unde est, quod dicitur, provisio hominis facit cessare provisionem legis *arg. l. si tutores. C. d. testam. tutel.* Harprecht. *ad print. Inst. d. testam. ordin.* quia si præcaverunt

verunt contrahentes, non indigent cautione legali *l. fin. C. d. pact. convent.* Menoch. *consil. 151. num. 27. & cons. 602. n. 5. 10. 11. 20. d. præsumpt. lib. 4. præs. 190. n. 40. & 41.* ubi dicit, quod tunc provisio hominis facit cessare provisionem legis, quando est super eodem facto & ad idem tendunt, secus si tendunt ad diversa, vide late Gardin. Tusch. *pract. conclus. tom. 6. lit. P. concl. 951. per tot.* Provisionale ergo erit, quod ejusmodi circumspectionem & cautionem importat; Quàm latè pateat vocabulum provisionis vid. Flam. Paris. *de resignat. benefic. lib. 11. qu. 3. n. 62.* Rebuff. *ad Constit. Regn. Gall. tom. 1. tit. d. sentent. præjudic. seu provisional. in præfat. n. 9.* Utpote quando Judex vel Magistratus ex justa ac Reipubl. utili causa aliquid decernit, prospicitque ne ex ejus omissione aliquid iniqui litigantibus accidat. Quam proximè accedit ad illud remedium, quod Lusitanis Auxilium chartæ tuitivæ regalis dicitur Bernh. Græven. *lib. 1. conclus. 7. num. 2.*

Th. III. Est itaque *Executio provisionalis actus, quo Magistratus prævia cognitione ex necessaria & justa ratione, nondum tamen finita causa principali vel petitorem vel alium in possessionem rerum debitoris immittit, ne litiganti suum pereat.*

Th. IV. Præsupponit hæcce executio sententiam quandam provisionalem & condemnationem, quam vindiciariam appellant Joh. à Sande *decis. frisicar. lib. 1. tit. 8 def. 3. in med.* Quicquid enim fieri debet ex causa, causæ cognitione opus habet *l. 13 d. minor. l. 9. §. d. plano. ff. d. off. procons.* quam denique sequitur decretum vel sententia. Rejicitur enim sententia illorum, qui volunt in notoriis non causæ cognitione, sed executione opus esse, quos refert Wesenb. *consil. 2. n. 60.* sed improbat *n. 94. in fin.* vid. *infr. th. 10.*

Th. V. Et licet aliàs executio extrajudiciarius sit actus, non judiciarius, nam judicium post sententiam est demum finitum, & executio eam sequitur *l. 8. C. d. execut. rei judic.* Hicce tamen noster actus in eo cum possessorio convenit, quod quidem quoad illum admittit executionem, adversario definitivæ illi non satisfaciente, in judicio verò principali ac petitorio habetur pro actu intermedio, uti sententia non aliter quàm ut interlocutoria sit, habetur. Et sic certo respectu pro judiciario, uti & extrajudiciario haberi potest.

Th. VI.

Th. VI. Executionem exequitur *Magistratus*, qui sive sit persona aut naturaliter talis, suppositum nempe certum; aut civilis ut Collegium, quod juris intellectu una censetur persona, nil refert arg. *l. 22. ff. d. fidej. & mand.* Et competit Magistratui potestas exequendi in caussis civilibus, eò quod habet jurisdictionem, cui semper inest mixtum imperium, ut aliqua potentia sive virtus sit toti potestativo, sc. quando opus, exerens & jurisdictionem defendens *l. 1. §. fin. d. off. ejus cui mand. est jurisd.* quæ aliàs vana esset atque elusoria *l. ult. ff. eod.* ubi itaq; est jurisdictio, ibi quoq; est mixtum imperium, Obrecht. *d. jurisdict. lib. 4. c. 14. n. 44.* & hoc est, quod notanter Scipio Gentilis *d. jurisdict. lib. 1. cap. 8.* scribit: *Si res consideramus & materiam circa quam, jurisdictio & imperium mixtum non differunt, quæcunque enim jurisdictionis sunt, eædem & mixti imperii causæ sunt.* Et posteà: *quod si non res circa quam versantur, sed vim ipsam atq; naturam jurisdictionis & imperii mixti spectamus, jurisdictionem esse dicemus, jus cognoscendi & statuendi de causis civilibus; Mixtum verò imperium potestatem, quæ jurisdictioni cohæret, ejus tuendæ atque exequendæ gratia.*

Th. VII. Executionem hanc provisionalem peragit Magistratus, sive ordinariam seu *propriam* habeat jurisdictionem, sive *alienam* seu mandatam *l. 1. §. ult. ff. d. off. ejus cui mand. est jurisd.* Etiam qui *prorogatam* habet jurisdictionem, seu eam juris dicundi potestatem, quam privati Magistratui, eam aliàs, extra istam causam habenti, non tàm dant, quàm prorogant, cujus effectus est, ut tantum judex electus juris in consentientes habeat, quantum haberet, si jure ordinario ad jurisdictionem ejus pertinerent Barbosa *ad tit. d. judic. art. 5. n. 1. & seq.* eandem enim vim prorogata habet jurisdictio cum altera, & illius est naturæ, cujus est prior Sichard. *in l. 1. C. d. jurisdict. n. 5.*

Th. VIII. Pro modo jurisdictionis suæ, seu prout quisque eam habet ultimumque judicii, quod est executio, exequi potest, ita etiam hanc executionem peragit provisionalem. Sic Dominus feudi, si non simul dominus est territorii, pronunciare quidem potest in causa, verùm in alieno territorio executionem effectui dare nequit, ceu pluribus persequitur Rosenthal. *d. feud. cap. 12. concl. 20. n. 12.* add. Anton. *disput. feud. 14. th. 1. lit. A.* Sæpius quoque pacta

cta vel consvetudo obstant, quo minus decernens vel sententiam promulgans ejusdem exec[illegible]ionem habeat, exempla vide ap. Klock. *Tom. 1. consil. 37. num.* 113. executio ab iis, qui eam habent, facienda est. Quo casu magistratus vel judex territorii, causam ad eum referendo, requiritur, ut rem judicatam exequatur *l. 13. §. 3. C. de judic.*

Th. IX. Res quavis condemnati in hanc provisionalem executionem, tanquam objectum veniunt, nisi jure reperiantur exceptæ, *atq. l. 28. §. 2. ff. ex quib. caus. maj.* Sic arma militum, & ex paritate rationis libri, salaria & stipendia Doctorum, Advocatorum & Studiosorum, si alia extent bona, eximuntur, Gloss. *in l. 125. ff. de V. S. l. 6. C. d. profess. & medic. ibique DD.* Nec in bona feudalia potest fieri executio, nisi in subsidium, & tum quidem nisi in fructus & commoditates eorum, non verò in dominium utile, multo minus directum Gail. *1. obs.* 117. nisi simpliciter feudũ sit hereditarium 1. *feud. 48* vel alienatio ejus à Domino in feudo novo, in feudo antiquo à Domino & Agnatis simul sit concessa 2. *F.* 39. vel debitum ratione feudi contractum, Dn. Struv. *in Syntagm. jur. feudal. exercit. 14. th. 5. & seqq.* Nec in bona uxoris dotalia & paraphernalia, mariti condemnati intuitu, executio provisionalis fieri potest *l. 2. C. ne uxor pro marito.* facto enim mariti causa dotis, cujus dominium limitatum tamen ille habet & revocabile, non debet fieri deterior. Schurz. *exercit. jur. 8. coroll. 1.* & jus quod in reliquis habet, maritus aliò non tendit, quàm ut inde exhibeatur familia, in damnum itaque mulieris proprietariæ extendi nequit Carpzov. *in process. tit. 25. art. 1. §. 6.* nisi debitum sit primipilare, tunc etiam in bona mulieris fieri potest executio per *text. in l. 3. C. d. primipil. l. 4. C. in quib. caus. pign.* Plura vid. ap. Coler. *d. process. execut. part. 2. c. 3. num. 178.*

Th. X. Decernit regulariter judex executionem provisionalem non motu proprio *l. 4. §. 8. d. damn. infect.* sed ad instantiam seu petitionem ejus, cui per decretum provisionale Magistratus aliquid tributum est, sive ipse illud obtinuerit, sive defunctus, cujus heres jam existit, idem enim cum defuncto jus habet, *l. 59. ff. d. R. I.* nisi id quod decretum est jus quoddam concernat personalissimum, quod ad heredes non est transitorium. D. Præses

in comment. ad Reg. Jur. Aſt ad nudam & ſimplicem petitionem & inſtantiam executio proviſionalis non eſt decernenda, quilibet enim hoc petere eoq; modo adverſariũ perceptione fructuũ ſpoliare poſſet, quod leges non permittunt. Executio absq; [illegible] cognitione conceſſa nulla eſt, quippe illa adeò requiritur, ut etiam in noto[illegible] is neceſſaria ſit Bald. *in l. cum fratrem 9. n 3. C. d. his quib. ut ind.* Quando verò fieri poſſit vid. *Cap. ſeq.*

Th XI. Ita fieri debet executio, ut id duntaxat in illam veniat, quod per decretum proviſionale obtentum ſeu judicatum eſt. Proinde tenorem ſententiæ proviſionalis executorialiumq; fines non debet executor transgredi, aliàs executor eſſe deſinit. Quando verò de executore dicitur, quòd exceſſerit, hoc probandum eſt, cùm pro ſe habeat præſumtionem; imò executio exceſſiva non in totum ſuſpenditur, ſi exceſſus non in toto, ſed in parte ſit comiſſus vid. Salgad. *in tr. d. protect. reg. vi oppr. p. 4. c. 3. per tot.* Carpz. *lib. 3. reſp. elector. tit. 12. reſp. 124.*

Th. XII. Executio proviſionalis hoc præprimis reſpicit, ne actio inſtituta vel inſtituenda reddatur inanis, & ut ſalvum maneat jus actoris, isque in caſu victoriæ conſequi poſſit, quod actione inſtituta petiit vel petere deſtinavit. Pro diverſo modo & ratione exequendi diverſos habet effectus: Modò facit ut proviſionarius, ita in poſſeſſionem miſſus fructus conſumtos ſuos faciat, quia bona fides ei id præſtat, quod aliis in conſumtione dominium præſtat *l. 136 ff. d. R. I. ibiq;* D. Præſes *in comment.* modò miſſus in poſſeſſionem rem detinet, ut adverſarius tædio rerum ſuarum ab alio detentarum affectus veniat & ſe defendat, aut id quod petitur, præſtet damnumve imminens avertat *arg. l. 4. ff. 1. l. 15. d. damn. infect.* Et eo modo miſſus, ex primo ſc. decreto, non poſſidet, ſed in poſſeſſione ſolummodo eſt *l. 3. ff. d. acqu. vel amit. poſſeſſ.* Aut, ſi invitis partibus à judice ex cauſa duntaxat facta ſit hæcce executio, poſſeſſio non tranſit in eum, apud quem mediante hac res eſt depoſita, cuſtodiæ enim tantummodo cauſa res alteri commiſſa commendatur *l. propriæ C. depoſit.* Non tamen facit hæc executio proviſionalis præjudicium quæſtioni principali per expreſſum textum *l. 5. §. 9. ff. d. lib. agnoſc.* Neque etiam poſſeſſio ſequeſtratur eum in finem ut ſequeſter

poſſi-

possideat, sed ut possessionem h. e. rem ipsam litigiosam custodiat, ejusque usum lite durante conservet, donec lata à judice in causa principali se[illegible] finis controversiæ imponatur.

CAPUT II.

QVANDO FIAT EXECUTIO PROVISIONALIS.

SUMMARIA.

I. Regulariter fit executio, quando sententia transiit in rem judicatam. II. Appellatio producit duos effectus, unum devolutivum, alterum suspensivum. Facta provocatione nil innovandum est; alioquin super attentatis judex à quo implorari potest. III. Cum executione provisionali aliter comparatum est, obtineri illa potest in medio judicii conflictu. IV. Etiamsi ab interlocutoria sententia fuerit appellatum. V. Uti & attentato revisionis remedio VI. In herede, qui sub conditione debet legatum præstare, legatarius post sex menses etiam in proprias heredis res & bona immitti potest.

Th. I.

QVævis executio regulariter fieri debet, postquam sententia transiit in rem judicatam; Illa enim finem imponit, hæc verò accipit; & sententia dicitur quamdiu appellari potest, vel etiam si appellatum sit; si verò non sit appellatum, vel appellatio deserta, vel quod non appelletur à sententia, tutius sit, dicitur res judicata. Tunc enim vel imploratur officium judicis nobile, vel instituitur actio judicati, ut victor accipiat id, quod judicis sententiâ ipsi est judicatum *arg. l. 4. §. 3. ff. d. re judic.* Et nisi præstetur, statim judicati agitur, & in rem, sive species sit, sive corpus, si penes victum extet, fit executio *§. 2 Inst. d. offic. judic.*

Th. II. Producit autem appellatio inprimis duos effectus, unum devolutivum *l. 1. & tit. ff. & C. d. appellat.* quod sc. causam de-

devolvat ad jurisdictionem superioris Hahn. *in obs. pract. ad Wes. paratitl. d. appellat. verb. & per appellationem n. 10.* quæ suscipitur sine inhibitione *Nov. 126. c. ult.* Alterum suspensivum, *suspendendo executionem* & jurisdictionem inferioris judicis *l. un. ff. nihil innov. appell. interpos.* adeò ut interpositâ & insinuata appellatione, quamvis à judice à quo repudiata ea sit, nihil in præjudicium deliberationis fieri, sed in eo statu omnia manere debeant, quæ tempore pronunciationis fuerunt *l. 3. C. de appellat.* Nam facta provocatione perinde esse debet, ac si nulla sententia lata esset; cùm in genere nihil sit innovandum, quamdiu de appellatione non fuerit pronunciatum, *l. un pr. & §. 1. ff. nihil innov. appell. interp.* manus enim Judici à quo per appellationem quasi constringuntur, ut nihil amplius in causa attentare possit Wesenb. *parat. ff. eod.* Si verò attentatum innovatumque quid fuerit, super attentatis imploratur judex ad quem, ut illa in pristinum statum restituantur *c. non solùm d. appellat. in 6.* Et per libellum attentatorum illud revocatur & in expensas tàm pars quàm judex condemnatur *c. 1. X. hic.* Gail. *1. obs. 146. n. 11.* ubi formam sententiæ annectit.

Th. III. Ast cum nostra provisionali executione paulo aliter comparatum est. Illa peti atque obtineri potest in medio judicii conflictu, antequam reus in causa principali condemnatus fuerit; modò probabilis subsit causa, vel saltem justa suspicio, super qua, tanquam nova & incidente causa, summariter cognoscitur atq; demum executio provisionaliter fit. Hinc non solùm in judicii prima, uti vocant, instantia sed etiam in secunda executio provisionalis locum habet. Ponamus enim possessorem malè uti rebus, quæ restitui petuntur, neque consumtis omnibus fructibus prædia habere adhuc sufficientia ad quantitatis & accessoriorũ petitorum in libello contentorum valorem Curtius *d. sequestrat. n. 14* Et enim hæc executio provisionaliter, ut damnum & præjudicium tertii, adversus quem abusus tendit, evitetur, maximè cùm Reip. intersit, ut ne quis rebus suis malè utatur *l. etiam 28. §. lic. et. ff. solut. matrim.*

Th. IV. Etiam, si ab interlocutoria sententia fuerit appellatum, executio provisionaliter institui potest contra eum, qui fugæ se parat, & prodigalitatis suspectus est, vid. *cap. seq* eadem enim,

enim, de qua jamjam dictum, subest ratio, scil. ne judicium reddatur illusorium, & actor in casu victoriæ de re litigiosa parum aut nihil consequatur. Costal. *in advers. ad l. fidejussor. 7. ff. qui satisdar.* ubi autem eadem juris ratio, ibi idem jus *arg. illud. 32. ff. ad* ...

Th. V. Stante hoc, quod etiam pendente appellatione executio provisionaliter fieri queat, sequitur, quòd eo magis intentato revisionis remedio (quod est auxilium juris extraordinarium, quo sententia Cameræ imperialis sine dolo quidem, culpa tamen errorève lata, repetita diligenti actorum inspectione & unica partium coram revisoribus deductione impugnatur, & in melius reformari petitur Dn. D. Roth. *dissert. de remedio revision. advers. sentent. Camer. imperial. cap. 1. th. 7.*) fieri possit, præsertim cùm hodiè per Recessum Imperii de anno 1654. §. 124. effectus suspensivus qui ipsi per Recess. Deput. anno 1600. §. als auch Streit vorgefallen ibi: So ordnen und wollen wir doch tribuebatur, rursum sit sublatus, & solus *devolutivus* ei sit relictus, d. §. ordnen und wollen auch / daß gleichwohl der effectus suspensivus bey den gesuchten revisionibus wieder die Cammer-Gerichtliche Urtheil ins künfftige auffgehebt und allein devolutivus statt finden solle &c.

Th. VI. Hoc singulare est in herede, qui sub conditione præstare legatum obligatus est, ut si legatarius missus sit in bona hæreditaria, cum heres petitam cautionem non præstiterit, nec satisfaciat legatario, i. e. non caveat, nec solvat, legatarius post sex menses etiam in proprias heredis res, & bona immitti possit *l. 6. C. ut in poss. legat. l. 5. §. 16. ff. eod.*

CAPUT III.

EX QVIBUS CAUSIS PERMITTATUR EXECUTIO PROVISIONALIS.

SUMMA-

SUMMARIA.

I. Justa ad statuendam hancce executionem præsupponuntur causæ; Inprimis si quis jussui Prætor[illegible]temperet. Exempli loco ponitur legatum conditionale. II. Quando latitat reus. III. Quænam faciat aliquem dilapidationis suspectum. IV. Ubi uxor ratione dotis aut donationis propter nuptias hanc immissionem in bona mariti, ad inopiam vergentis, petit. V. Metus armorum judicem potest movere, ut rem apud tertium deponat, & hanc executionem decernat, postmodùm verò partes audiat. VI. Eadem causa est, quando partium jura sunt obscura, ut judex rem provisionaliter deponere possit apud tertium. VII. Causa alimentorum admittit executionem provisionalem; Sic mulier prægnans ventris nomine mittitur in bonorum possessionem defuncti. Si impuberi quæstio status movetur, mittitur pupillus in bon. possess. ut inde alatur. In aliis casibus, ubi alimenta debentur, provisionaliter fit executio in bona debitoris. VIII. Ob incertitudinem nascendorum prægnans mulier mittitur in bona defuncti in tres partes, si unus existat filius. IX. Generaliter executio provisionalis permittitur, ubi judici justa & necessaria causa videbitur. Argumentum à sequestratione ad executionem provisionalem laudatur.

Th. I.

Cùm hæcce species executionis censeatur irregularis, justæ causæ, & ad procedendum tali modo sufficientes præsupponuntur. Inprimis ubi metus est dilapidationis, & quis jussui Prætoris seu Magistratus non obtemperat, executio & missio fit in bonorum possessionem v. gr. Quando legata sub conditione sunt relicta, pendente conditione ne ab herede dilapidentur, Prætor, ea propter imploratus, cautionem exigit ab onerata persona, se legata relicta existente conditione præstiturum *t.t. ff. ut legat. seu fideicommiss. servand. l. 2. C. ut in possess. legat.* & si onerata persona cautionem

tionem præstare detrectat, vel præsens non est, mittitur legatarius conditionalis in hæreditariarum rerum possessionem, custodiæ causa *h.5.pr. ut in poss. legat. l. 5. C. eod.*

Th. II. Quando latitat reus, cùm ad petitionem & instantiam actionis tribus edictis aut peremptorio uno, ut responderat, fuerit citatus, eo non comparente, & actore contumaciam ejus accusante, Prætor executionem provisionalem juxta actionis qualitatem actori decernit, *auth. & qui jurat C. d. bon. aut. jud. poss.* Est enim immissio aliquod remedium compulsivum, quo judex compescit inobedientiam vel rebellionem partis non agnoscentis vel utiliter habentis ipsius jurisdictionem D. Struv. *exerc. 39. th. 21.* Olim quidem in omnibus indistinctè bonis *gloss. in l. cùm proponas. 9. C. de bon. aut. jud. poss.* at hodiè pro mensura debiti, seu quantitatis petitæ *c. quoniam. §. frequenter X. ut lit. non contestat.* cujus correctionis fundamentum ponitur in *l. 6. §. 3. & 5. sed si 4. C. d. his qui ad Eccles. add. Novell. 53. cap. 4.*

Th. III. Priusquam autem ob dilapidationem fieri queat hæcce executio, de ea satis debet judici constare, inprimis si adversarius non possideat bona immobilia *l. sciendum. ff. qui satisd. cog.* aut pauca rei controversæ non æquivalentia *l. 31. ff. d. reb. aut. jud. poss.* & mali mores de præsenti *§. fin. ff. d. d. suspect. tutor.* & quod unquam malefecerit, cùm semel malus semper præsumatur talis *c. cum semel d. R. I. in 6. l. 2. C. d. Episcop. aud.* ubi sufficit alterum eorum *d. l. sciendum qui satisd. cog.* Quomodo ob fugam debitor fiat suspectus vid. *dissertat.* D. Præsidis *de Fuga. th. 26. pag. 75. & seqq.*

Th. IV. Quando maritus ad inopiam vergit, culpa sua id fiat, vel sine illa, nil interest, uxor ratione dotis, ut salva ac illibata ipsi maneat, nec non donationis propter nuptias, missioné in bona mariti, etiamsi is in lauta & benè aucta parte sit constitutus, petere, provisionalisque executio obtineri potest Brunnem. *ad l. si cum. 22. ff. solut. matrim.* interest enim Reip. ut mulieres suas dotes salvas habeant *l. 1. solut. matrim.* imò prospicitur hac ipsa executione marito, dum prudenti œconomica administratione inopiæ ejus succurritur, unde eò commodiùs se exhibere queat.

Th. V.

Th. V. Metus armorum judicem movere potest, ut si super litigiosa & momentanea possessione litigetur, ex officio & motu proprio, partibus prospiciat, ac rem mediante [illegible] apud aliquem deponat, provideatq;, ne ad arma [illegible] violent, postmodam verò cognoscat, cu[illegible] momentanea possessio sit adjudicanda. Quod tamen eo [illegible] sit, quando [illegible] litigantium possidet, sed uterque se possidere contendit. Gail. [illegible] *obs. 5. num. 5.*

Th. VI. Eadem ratio est, quando [illegible] una eademque re plures litigant, partiumque jura [illegible] obscura ac incerta, tunc judex salvo cujusque partis jure, provisionaliter rem apud tertium potest deponere, Coler. *d. process. [illegible]*

Th. VII. Causa alimentorum tam favorabilis est, ut executionem provisionalem commodè admittat. Sic mulier prægnans nasciturorum liberorum seu ventris nomine mittitur in bonorum possessionem defuncti, quæ dicitur bon. possess. decretalis D. Struv. *exerc. 36. th. 9.* & mittitur prægnans mulier in bon poss. ut ipsi alimenta propter fœtum præstentur, licet incertum sit, an prægnans sit Surd. *d. aliment. tit. 1. qu. 5.* quia æquius est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quàm denegari alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est *l. 1. §. 2. ff. d. ventr. in poss. mittend.* Idem est, quod si impuberi moveatur controversia status, an sit defuncti filius, tunc nisi manifesta calumnia mulieris appareat, mittitur pupillus in bonorum possessionem, ut inde alatur, illisque ad tempus pubertatis utatur, quò causa statûs plenius cognosci possit. Brunnem. *ad l. 1. ff. d. Carbonian. Edict.* D. Præses *in dissertat. d. jure prægnant. cap. 7. th. 4.* In aliis quoque casibus, ubi alimenta denegantur iis, quibus debentur, si mandatis sine clausula compulsorialibus, quæ in hac causa ex consuetudine Germaniæ decerni solent, vid. Frid. Mindan. *d. process. lib. 2. c. 54. th. 4.* Gail. *1. obs. 1. n. 4.* non pareatur, provisionaliter fit executio in bona debitoris, qua prospicitur alimentario, ut suum interim consequatur, Coler. *d. proc. exec. lib. 3. c. ult.* donec quantitas alimentorum immisso æstimetur ex arbitrio judicis *l. fin. C. d. ordin. cogn.* Rebuff. *in commentar. ad Constit. Reg. tit. d. sentent. provisional. in præfat. n.* 29, 30. Menoch. *d. præsumt. lib. 1. pr. 35. n. 35.*

Th. VIII.

Th. VIII. Ob incertitudinem nascendi partus ejusve numeri vidua prægnans provisionaliter in tres partes hereditatis mittitur in bona defuncti, ita ut si paterfamilias mortuus relicto uno filio & uxore prægnante, filius adhuc natus quartam saltem partem, ob incertum nascendorum numerum, quippe cùm tergemini interdum procreantur, petere possit, tamen, ut si postmodum unicus nasceretur, reliquæ duæ partes duobus accrescant *l. 3. ff. si pars hered. pet.*

Th. IX. Et generaliter, ubi judici justa & necessaria causa videbitur, hæc executio locum habet Mevius *part. 3. decis. 376.* & causæ sequestrationum rectè huc applicantur; ut dicendum sit, ex iisdem causis, ex quibus sequestratio permittitur, concedi quoque executionem provisionalem; Cùm tamen quoad illam plures causæ in jure sint definitæ atque expressæ. Dicimus etiam in causis nomine tenus non expressis, eandem tamen rationem habentibus, & sequestrationem & hanc executionem provisionalem concedendam esse, ubi enim eadem ratio militat, ibi eadem sit oportet juris dispositio *l. illud. 32. ad L. Aquil. l. neque. 10. l. 12. d. legib.* Neque existimandum est, odiosam esse hanc executionem ideoque non extendendam; nam etiam in odiosis ex itenditate rationis extensio fit ad similes casus, *cap. 1. §. item qui dominum. vers. sed quia natura, quæ fuit caus. benef. amitt. 2. feud. tit. 24.*

CAPUT IV

AGIT

DE CAUTIONE PRÆSTANDA, ANTEQVAM EXECUTIO PROVISIONALIS DECERNATUR.

SUMMARIA.

I. Quoniam alterius periculum sub hujus executionis actu versatur, securitas quærenda. II. Rectè injungitur pendente lite & interposita appellatione cautio. III. Cautio sit

tio sit idonea & sufficiens. Num verò talis sit, judicis ar[illegible] trio relinquitur. IV. Superflua vel non necessaria nemo onerandus. V. Fit cautio vel fidejussoribus. VI [illegible] gnoribus. VII. Num jurata promissio sufficiat? VIII. [illegible] promissioni sua relinquitur. IX. Qu[illegible] si cautionem pr[illegible] re detrectet? X. Formula cautionis judicis præscripto determinatur.

Th. I.

QVoniam aliena bona possidere non est sine periculo, & durius, amittere bona, quàm nulla unquam habuisse; securitas, qua metum periculi avertamus, quærenda est. Avertitur autem consuliturque securitati mediante *cautione*, qua in casu obtinendæ executionis provisionalis omninò opus est, *l. 3. §. 1. ff. d. collat l. 5. ff.* & *l. 1. C. d. Carbon. edict.* Et securus reddendus est adversarius de rectè utendo atque in casum restituendæ possessionis, Paul. Christin. *ad consuet. Mechlin. tit. 1. art. 30. num. 2.* Et hoc est, quod eleganter docet Mevius *p. 7. decis. 297. Provisionales,* inquit, *adjudicationes, quæ fiunt pendente lite ex certa atque tali causa, quæ æquum facit, non expectari extremum litis eventum, sic faciendæ sunt, ut in casum victoriæ cautum sit provisionaliter condemnato aut præstare jusso*, inde non fieri solent, nisi injuncta simul petenti satisdatione, *quæ securum reddat reum.* præsertim si suspicio adsit, illum, contra quẽ fit missio in possessionem bonorum, non ex fide administraturum; quo casu & si insignis suspicio fraudulentæ administrationis subsit proque petitore justa militet præsumtio, lite pendente commodo possessionis privari potest, Postius *de manutent. observ. 104. in fin.*

Th. II. Cautionis remedio tunc demum justè utimur, cùm petitoris jus certum, ac tenentis planè illiquidum est, Mev. *p. 1. decis. 24. num. 6.* & hoc fit etiam pendente lite & interposita appellatione, ut judex cautionem injungat, & pro ea necessaria disponat *l. posteaquam §. Imperator ibi Bartol. ff. ut legat. nom. caveat.* Marantha *in specul. part. 3. sect. part. princip. n. 164.* Sicuti enim se habet provisionalis executio, ut ad licitum & illicitum

tum utrinque se habeat, ac quòd fieri & non fieri possit, ita etiam cautio vel securitatis præstatio, non tamen sine causæ cognitione expedienda. Bartol. *in l. unic. ff. si quis jus dic. non obtemp.*

Th. III. Cautio sufficiens sit necesse est, idonea & quæ [illegible] his hoc præstet, quod ac si executio nunquam facta fuisset, præstare debet Colerus *de process. execut. part. 3. cap. 11. n. 95. & seq.* Non tamen nimis rigidè cautio exigenda est *l. græcè ff. illud. ff. d. fidejussor. l. [illegible] ff. si quis sub ff. ut legat. nom. cav.* nec in plus quàm res, in cujus possess. mittitur petitor, Mev. *tr. de arrest. cap. 25. n. 62.* Quænam autem sit sufficiens cautio, id judicis arbitrio relinquendum est, statuente Menoch. *d. arbitr. jud. quæst. lib. 2. cas. 141.* Et circa cautiones judex ita rem curare debet, ut prospectum sit alteri parti, altera tamen nec ad impossibilia adigatur, quomodò consulit Faber *in Codic. lib. 3. tit. 36. defin. 7. in fin.*

Th. IV. Superflua autem cautione nemo onerandus *l. hac stipulatio. §. Divus. ff. ut legator. vel fideicommiss. caus. l. non cogendum. ff. Sabinus. ff. d. procurat.* Hinc est, quod si speciali cautione satis prospectum sit reo, exigi nequeat cautio, non enim tenetur ad cautionem, à quo aliàs satis cautum *l. si is 32. ff. fin. ut in poss. legat.* Nempe vel ex tacita hypotheca, cùm legis provisio faciat supervacuam hominum providentiam *l. in donationibus 31. C. d. donat.* vel ex detentione rei, plus enim cautionis in re, quàm in persona est *l. 25. d. R. I.* vel ex alio quod debet & mox solvendum, vel ex providentia Judicis, cum declarat, quo modo cautum, interea paritum esse queat, prout eleganter docet Mevius *part. 7. decis. 297. n. 3. seq.*

Th. V. Fit cautio vel *fidejussoribus* idoneis & locupletibus. Quales dicuntur in judicio sistendi causa non tantùm facultatibus, sed etiam conveniendi facilitate *l. 2. l. 10. ff. qui satisd. cog.* & qui ex arbitrio litigantium & judicis approbati sunt, consideratis personarum agentium & defendentium qualitate & negotiis, de quibus agitur. Cujus fidejussoriæ obligationis effectus, ut si aliquando bona, in quæ provisionaliter facta est executio, fortè una cum fructibus sint restituenda vel possessi-

one

one dimittenda, ratione præstandorum, non solùm ipsi sint obligati, sed etiam heredes obligatos relinquant *l. 49. ff. d. O. & A.* quamvis in instrumento nulla fiat mentio heredum. Acc. *in §. 2. Inst. d. fidej. l. 13. C. de contrah. & committ. stipul.*

Th. VI. Vel fit *pignoribus*, si fidejussores haberi nequeant, vel *depositum* sufficit, Hieron. Carpan. *in Statut. Mediol. p.1.c.44. n. 11. & seq.* Sic sufficit generalis hypotheca, ubi constat caventem esse opulentum, & illum, cui cavetur, satis fore securum, ut non opus sit speciali nexu rem aliquam ejus involveré; Ast si de eo non constet, quin potius argumenta alicujus inopiæ emineant, non nisi specialis hypotheca sufficit, uti in terminis docet Mevius *part. 3. decis. 76.* Hanc rem arbitrari judex per legem Imperii potest; Ita enim in Recess. Spirensi ex conventu Deputatorum de anno 1600. provisum est, §. So ist auch aus überreichten und zusammen getragenen Bedencken nichts gewiß und beständiges zu schliessen gewesen/ ob die Caution sub hypotheca omnium bonorum in Arrest Sachen gnugsam/ in Ansehung die Fälle und deren Umbstände vielfätig mancherley/ derenthalben haben wir uns belieben und gefällig seyn lassen/ daß solches dem arbitrio judicis, welcher nach Befindung der Umstände causæ rerum & personarum in solchem iederzeit ein gebührlichen Ausschlag zu geben/ heimgestellet werde.

Th. VII. Num verò in defectu fidejussorum & pignorum juratoriæ cautioni ad obtinendam provisionalem executionem locus sit, meritò dubitatur. Imputet enim sibi, quod nequeat cavere idoneè Bald. *in l. 2. C. d. usur. & fructib. legat.* Attamen, ne propter paupertatem & cavendi inidoneitatem, uti loqvuntur, quæ accidens quiddam est, & extra subjecti potestatem, adversarius damnum patiatur, æquius est ita provisionaliter executionem fieri, ut si non ipsi adversario tradatur, apud tertium tamen deponatur & sequestretur *per l. 5. §. 1. in fin. ff. ut legat. caus. caveat.* Vel etiam, si utriusque litigantis æqualis sit conditio, & insigne præjudicium alterius concurrat, adversarium ad possessionem mediante hac executione admitti posset statuit Cæsar. Contrad. *in Comment. C. d. moment. possess. qu. 23.* Optimum est, si juratoria cautio jungatur pignoratitiæ, quando de hujus idoneitate

dubi-

dubitatur, ita ut quod ex alia deest, suppleatur, quomodo in similibus ei supplementum fidei petitur, *l. in bona 3. C. de reb. cred.* & pignoratitia [illegible] jurejurando convalidatur. Namque in pluribus jusjurandum adhibetur, ut subsidiarium infirmorum remedium, [illegible]s, *p. 2. decis. 157. n. 5.*

Th. VIII. Immobilium possessio liberat à satisdatione, sed non sola, nisi præstita simul cum eorum hypotheca cautio facta sit *l. filio. [illegible] ut legat. seu fideic. serv. caus. l. ult. §. defensionem 3. C. de administr. tut.* ideoque si quis petat provisionaliter immitti, non sufficit eum possidere immobilia, sed debent in securitatem restitutionis res illas oppignorari. Jason. *in l. 1. num. 2. ff. qui satisdar. cog.*

Th. IX. Cautionem petitam injunctamve si non præstet adversarius, provisionalis executionis commodo frui nequit. Sic in casu, ubi ex parte impuberis, cui quæstio casus movetur, propter alimenta in bonorum possessionem petentis præstari debet cautio de bonis interim non diminuendis; si non præstetur, agnati etiam in bonorum possessionem mittuntur *l. 1. & 5. §. 2. d. Carbon. edict.* Nam manifestæ turpitudinis est cavere nolle, cùm tamen quis debeat. Cyn. *in l. 2. ff. d. condict. caus. dat.*

Th. X. Superest deniq; agendi locus de formula cautionis; circa quam sæpius partes non leviter certant, præsertim pars illa, contra quam ejusmodi executio petitur, quæ cuncta ad vivum resecare solet. Verùm litem partium super cautionis formula judex præscripto suo finit; & quidem statim hoc à judice fieri præstat, quod aliquando post moras & rixas necessarium est. Mev. *p. 4. decis. 165.*

CAPUT V.

DE

OFFICIO MAGISTRATUS CIRCA MANUTENTIONEM FACTÆ EXECUTIONIS PROVISIONALIS, ET ACTIONIBUS INDE COMPETENTIBUS.

SUM-

SUMMARIA.

I. Magistratus statuens executionem provisionalem eam quoque tenetur tueri. II. Competit misso in possessionem, si expellatur, actio in factum. III. Secus [illegible] absq; causæ cognitione jussu judicis [illegible] possessionem [illegible] ei potest resisti.

Th. I.

MAgistratus statuens executionem provisionalem, serio eam tueri debet. Unde Prætor æquissimum edictum promulgavit, *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*; frustra enim in possessionem mitteret, rei servandæ causa, nisi missos tueretur & prohibentes venire in possessionem coërceret. *l. 1. §. 1 ne vis fiat ei.* Namque unusquisque possidens, seu detinens de præsenti debet in sua possessione, vel quasi seu statu, in quo reperitur, manuteneri, Posthius *in tract. de manutent. obs. 10. num. 90.* neque causæ principales, quæ instar tituli se habent, huc pertinent, sed iis rejectis, in statu, quo quis possidet, debet defendi. Idem *decis. 151. num. 20.*

Th. II. Præterea competit actio in factum misso in possessionem, si expellatur: quia frustra in possessionem mittitur, nisi missus defendatur *l. 1. §. est autem & §. hæc verba. ff. ne vis fiat ei.* Non tamen potest uti remedio *l. si quis in tantum. C. unde vi.* quia dicta lex loquitur de possessore legitimo per vim expulso; hic autem non habet verè possessionem, ut nec ei lex illa accommodari potest. Bartol. *in l. 1. §. hæc actio: ne vis fiat ei.*

Th III. Secus est, si quis jussu judicis, absque causæ cognitione & decreto facto super executione provisionali, venerit, v. g. post appellationem in possessionem, manutenentiæ mandatum non potest impetrare, neque eo defenditur, utcunque alias quisque in possessione sua qualicunque donec lis pendet, defendendus *l. 1. §. fin. l. 2. ff. ut possid.* quoniam non secundùm ordinem & jussu legitimo obtinuit possessionem, sed ex mero attentato, ut propterea instar notorii atque violenti spoliatoris habeatur, quem

341

ne tuetûr justitia, Lancellot. *in tr. d. attentat. part. 3. cap. 31. num. 155.* Imò injuriosæ executioni & post eam factis de facto resisti potest, cùm talis immissio executioni provisionali neutiquam sit com[illegible] nunquam sine gravi justaque causa fit; ast si judex [illegible] interpositam & intimatam appellationem executionem [illegible] eam sine attentati vitio facere aut rogare nequit *l. un. ff. nihil [illegible]v. interpos. appellat.* Unde unicuique injustè exequenti naturali ac civili jure resistere permissum est *l. 29. §. pen. ff. ad L. Aquil.* atque attentans spoliatori & violento invasori æquiparatur Lancell. *in tr. d. attent. p. 3. cap. 31. n. 77.*

Caput VI & Ult.

QVOMODO EXECUTIO PROVISIONALIS VEL IMPEDIATUR VEL RELAXETUR.

SUMMARIA.

I. Executio provisionalis tollitur vel relaxatur mediante satisdatione. Referuntur casus. II. Relaxatur executio, quando lis finita est per sententiam, quæ transiit in rem judicatam. III. Si quis id quod debet solvit relaxatur hæc executio.

Th. I.

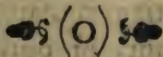
IMplorato nobili judicis officio petenda, nō propria autoritate facienda est relaxatio factæ executionis, quæ fieri potest per satisdationem, si eam is, contra quem decreta est, idoneè præstet; cautio enim est extremorum istorum medicina Brunnem. *ad tit. C. de ordin. cognit.* Sic in casu, ubi pupillus mittitur in bonorum possessionem, si agnati satisdant pupillo, ipsis conceditur administratio *l. 5. §. 2. ff. de Carbon. edict.* Et si quis ex primo decreto sit missus in possessionem bonorum, si in actione reali intra anni spatium veniat, & con-

prius satisdatione
& contumaciam purgêt, ipsam rem præstita ... potest
judicio sisti, nec non restitutis expensis, recup
cimus, C. d. judic. & auth. & qui jurat. C. de ep
In personali verò actione quandocunque venit,
dum decretum interpositum fuerit, & prædicta ca
sisti offert & damna atque expensas ob contumaciam ... re
stituat, audiendus *l. si quis §. pen. C. d. præscript. 30. vel ... annor. & l. si finita. §. 34. d. damn. infect.* Quæ verò de sufficientia cautionis respectu executionem impetrantis dicta sunt, huc rectè referuntur. Habet autem locum cautio, nisi armorum & vitæ periculum aut metus turbationis publicæ tranquillitatis velit, ut executio procedat aut facta persistat; Nam satisdatio malevolum propositum non mutat *arg. §. novissimè. Inst. d. suspect. tut.*

Th. II. Porrò relaxatur executio, si controversia quoad causam principalē sit finita per sententiam, quæ transiit in rem judicatam gloss. *in l. 2. C. ut lit. pendent.* Si verò à sententia judicis fuerit appellatum, lis finita non dicitur, neque tollitur facta executio adeoque non solùm in prima, verùm etiam in secunda appellationis instantia executio durare debet *l. litibus. 20. C. d. agricol. & censit.*

Th. III. Legatario, cui sub conditione aliquid relictum, neq; heres petitam cautionem, se illud existente conditione præstiturum, in hæreditariarum rerum possessionem misso præstiterit, executio provisionaliter facta resolvitur, si hæres legatum exsolvit *l. 5. §. 17. ff. ut in possess. legat.* Atque hæc sunt, quæ brevioris temporis spatio inclusis chartæ subjicere licuit.

Cum Deo aliquando meliora!



COROL-

Corollaria.

malam fidem accedentem usu-
non constituitur.

Filius emancipatus & à sacris paternis remissu , cui nihil relictum est, fideicommisso onerari nequit.

III. Jus repræsentationis in linea recta locum habet in infinitum.

IV. Filius sumtus studiorum causâ factos conferre non tenetur.

V. In criminalibus delictis, etiam capitalibus, fidejussor dari potest.

VI. In societate omnium bonorum filiæ dotem de communi pater largiri potest.

VII. Raptor non mitiori pœna , eo quòd pœna sit triplum, furti verò manifesti quadruplum, afficitur quàm fur.

VIII. Post litem contestatam libellus, quoad substantiam mutari nequit.

IX. Pactum, ut quis fundum alterius ingrediatur propria autoritate, validum est.

X. Filii patris perduellionis rei morte non sunt plectendi.

